

早稲田大学大学院法学研究科

2016年2月

博士学位申請論文審査報告書

論文題目 「治療行為と刑法」

申請者氏名 天田 悠

主査	早稲田大学教授	博士（法学）（広島大学）	甲斐克則
副査	早稲田大学教授		岩志和一郎
	早稲田大学教授	法学博士（早稲田大学）	高橋則夫
	早稲田大学教授	博士（法学）（立教大学）	松澤 伸

早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程学生天田 悠氏は、早稲田大学学位規則第7条第1項に基づき、2015年10月17日、その論文「治療行為と刑法」を早稲田大学大学院法学研究科長に提出し、博士(法学)(早稲田大学)の学位を申請した。後記の委員は、上記研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2016年2月8日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

1 本論文の構成と内容および評価

本論文は、「序論」に続き、第1章「我が国の議論と課題の設定」、第2章「ドイツ法の系譜的考察(1)——判例・学説の展開」、第3章「ドイツ法の系譜的考察(1)——刑法改正作業の展開」、第4章「治療行為と傷害罪の保護法益」、第5章「スイス法の比較的考察」、第6章「治療行為論の理論的基礎と刑事規制の指針」、および「結語」から構成されている。

「序論」では、本稿の目的が示される。すなわち、刑法上、医師の治療行為は、人の身体・健康に必然的に干渉するその問題性ゆえに、構成要件論、法益論、違法(阻却)論をはじめ、古くから犯罪論における試金石のひとつとして扱われてきたが、現在、わが国の通説的見解によれば、治療行為は、傷害罪の構成要件に該当し、それが、患者の生命・健康を維持・回復する必要があるときに行われ(医学的適応性)、医学的に認められた正当な方法で行われ(医術的正当性)、かつ、患者に対して十分な説明ないし情報提供をしてその承諾を得て行われたかぎり(患者の承諾)、刑法35条後段の正当(業務)行為として違法性が阻却されると解されているにもかかわらず、治療行為の刑法的評価の枠組み、とくにその正当化判断の枠組みについては、実際上不明な点も多いのが現状である。この点がかつとも先鋭化するのが、患者の意思に反し、またはその承諾を得ずに行われる専断的治療行為の問題においてである(たとえば、喉頭がんの治療のために、患者の承諾を十分に得ることなく患部を切除したという事例(喉頭がん事例)や、患者が事前に反対したにもかかわらず、手術が必要な状態にあると判断した医師が、患者を救うためにその脚を切断したという事例(四肢切断事例))。これらの行為は正当化されるか、もし正当化されるとすれば、その範囲および限界はどこまで及ぶかが問題となることから、「本稿は、こうした問題を解決するための基礎的研究として、治療行為の刑法的評価を規定する思考枠組み(以下「治療行為論」という。)の理論的基礎を明らかにすることを目的とする」。

著者によれば、刑法学において「治療行為」を論ずる理論的・実践的意義は、第1に、刑法理論に基づいて「治療行為」という現象を分析することをつうじて、刑法理論そのものの再検討を要請する点、第2に、本稿は、医事刑法の分野においてもっとも根源的な問題である「治療行為」の性質を明らかにすることで、将来の医事刑法研究における理論的支柱を打ち立てる点、にある。医療過誤、美容整形・性別適合手術、臨床試験・治療的実験、安楽死、尊厳死および治療の中止・差控えといった医事刑法における各問題領域は、いずれも治療行為の延長線上に位置するものであり、「本稿は、治療行為の刑法的評価を明

らかにすることで、将来の医事刑法研究のための理論的原点を規定し、医療が引き起こす現代的諸問題を考察する際の基本的姿勢を確立しようとするひとつの試みである。」とする。

第1章では、わが国における議論の到達点と問題点を明らかにすることで、本稿の具体的な検討課題を設定する。ここでは、まず、治療行為は傷害罪の構成要件に該当し、その違法性を阻却するためには、患者の承諾が必要であるとする「治療行為傷害説」と、治療行為が医学上適正に行われた場合は、はじめから傷害罪の構成要件に該当しないとする「治療行為非傷害説」をめぐる議論の現況を明らかにする。結論として、第1章では、現在有力な「患者の自己決定権」を過度に強調する傾向には問題があること、こうした傾向に歯止めをかけるためには、違法（阻却）論の分析に先立って、まず、先行研究がこれまで棚上げしてきた構成要件論と法益論の分析に取り組まなければならないことを示す。その分析手法として、治療行為をめぐる議論を100年以上積み重ねてきたドイツ法・スイス法・オーストリア法の知見を参照しつつ検討を進める。

第2章では、ドイツにおける判例・学説の系譜をたどり、各時代の特徴と傾向を整理・分析することで、ドイツ法の到達点と現在の課題を明らかにする。ここでは、判例を契機とする治療行為傷害説の抬頭と、これに対抗する治療行為非傷害説の議論を確認し、現在までの議論の到達点を明らかにする。この作業をつうじて、ドイツ法の基本的姿勢を明らかにし、わが国にこれまで欠けていた分析の視点をより明確化する。

ドイツでは、ライヒ裁判所1894年「骨がん判決」（RGSt 25, 375）が治療行為傷害説を採用したことを契機として議論が高揚し、これに対抗するかたちで、治療行為非傷害説が学説上有力に展開されるにいたった。著者は、前半で、エルンスト・ベーリング（Ernst Beling）、カール・エンギッシュ（Karl Engisch）、さらに、エベルハルト・シュミット（Eberhard Schmidt）ら、当時の代表的な学者の見解を丹念に読んで分析し、刑法理論が治療行為をめぐる議論にどのように反映されかを明晰に分析する。また、後半では、第二次世界大戦後は、説明義務に関する諸判決が相ついで登場したことを受けて、刑法学説もふたたびこの問題に取り組みはじめたことを、アルトゥール・カウフマン（Arthur Kaufmann）やパウル・ボッケルマン（Paul Bockelmann）の見解を取り上げつつ、治療の成功・失敗をメルクマールとする結果説の精緻化を試み、さらに、1970年代中葉以降は、つぎの2点において議論に変転が訪れた、と指摘する。すなわち、第1が、治療行為傷害説の再評価のきざしであり、第2が、治療行為論における3つの理論的アプローチ（結果説的アプローチ、危険判断アプローチ、そして法益論的アプローチ）の抬頭である。かくして、判例は、治療行為傷害説を採用し、100年以上にわたってこれを堅持しつづけているのに対して、治療行為非傷害説の陣営は、全体的考察方法を採用する点では一致をみているが、細かな点では差異があり、傷害罪の保護法益論からこの問題にアプローチする潮流と、複数の衡量メルクマールの操作によって適法化を図る潮流が確認できる、と指摘する。そして、前者は、傷害罪の枠内で患者の自己決定権にいかなる意義を認めるかを問うものであり、わが国に欠けていた視角を補うという意味で一定の参照価値が認められるのに対して、後者は、危険判断、医学準則および治療結果といった各メルクマールの措定・調整によって適法化を試みるものである、と位置づける。同時に、危険判断アプローチについては、その危険概念の不明確さはもとより、傷害罪の成否が危険増加や危険緩和・減少に左右される理論的根拠は必ずしも明らかではないし、また、結果説的アプローチに対しては、治療行為の成功・失敗という結果概念のとらえ方、および全体的考察方法の不徹底について問題があることを指摘する。この分析は、従来あまりなされていなかっただけに、

有益である。

第3章では、ドイツ刑法改正作業の歴史的展開を追跡し、治療行為の刑事規制をめぐる議論の現状を明らかにする。ここでは、1900年以降に起草された専断的治療行為処罰規定の保護法益を分析し、この作業をつうじて、専断的治療行為による「身体」利益侵害の内容と構造を解明し、現行刑法上保護されるべき「患者の自己決定権」の範囲を明らかにする必要があることを示す。改正案をめぐる議論を資料に忠実に当たり、詳細かつ丹念に分析する手法がとられている点も先行研究に比して重要である。

第4章では、日独刑法における傷害罪の保護法益論を分析することで、本稿における「治療行為論」体系の基本的骨格を呈示する。ここでは、まず、ドイツ傷害罪規定の制定過程をたどることで、問題解決のためには、傷害罪における「身体」法益の内実とそれに対する自己決定権の位置づけを明らかにする必要があることを示す。つぎに、傷害罪の保護法益をめぐる学説の2大潮流の内容を批判的に分析し、これによって「治療行為論」体系を獲得するための示唆を獲得しようとする。解釈論的に、傷害罪の保護法益に着眼して、ドイツおよび日本の議論の分析を通じて新たな視点を模索しており、医事刑法のみならず、構成要件論、法益論、被害者の承諾論といった刑法の基本的問題に関する今後の刑法研究の広がり予測させる。

第5章では、ドイツ法と議論状況が似たスイス法の議論を取り上げ、本稿の法益論的枠組みを補強するためのさらなる視点を獲得しようとする。具体的には、専断的治療行為に関する2件の最高裁判例を分析し、そこから抽出した視点に基づいて学説を整理する。そして、ドイツ法やオーストリア法と比較することで、スイス法における「身体」法益論の到達点を特定し、わが国への導入可能性を模索する点は、比較法的にも注目すべきである。

第6章では、以上の比較法的検討から得られた知見を総合することで、本稿における「身体」法益論の枠組みと、それに基づく「治療行為論」体系の理論的基礎を呈示する。ここでは、傷害罪における「身体」法益の内容と構造を明らかにすることで、本稿における「治療行為論」体系の骨格を規定し、具体的な事例の処理を示すことで本稿の枠組みをさらに具体化する。さらに、以上の分析から得られた解釈論上の帰結を踏まえて、刑法によって禁止すべき専断的治療行為の範囲を明らかにしようとする。

かくして、「**結語**」において、本稿の検討によって得られた成果は、第1に、わが国の先行研究を分析し、治療行為論の基本的枠組みを規定するためには、法益論的アプローチによる検討が必要であることを明らかにしたこと、第2に、ドイツ・スイス・オーストリアといったドイツ語圏刑法学の国々の比較法的分析に基づき、諸外国における法益論的アプローチの到達点を明らかにしたこと、第3に、傷害罪における「身体」概念の内容と構造を明らかにすることで、本稿における「治療行為論」の基本的視座を呈示したこと、が確認される。「治療行為論の理論的基礎は、二元的構造を有する傷害罪の法益論によって規定される。」というのが著者の主張である。これによれば、専断的治療行為による患者の「利益」侵害の中核をなすのは、現実的・事実に基礎を有する基体としての「身体」利益である、として、治療行為は、この利益を侵害することを根拠に、傷害罪の構成要件を充足する、と説く。その帰結として、本稿は、オーストリア刑法やドイツ刑法改正正諸草案のような専断的治療行為処罰規定をわが国に導入する必要はないとしつつ、さらに、客観的要件、

主観的要件および刑事訴追という各視点から、刑罰をもって禁止すべき断的治療行為の態様を限定することを提案する。

以上のように、本論文は、治療行為と刑法について、ドイツ・スイス・オーストリアといったドイツ語圏刑法学の国々の比較法的分析に基づいて論理を構築しており、重厚な内容となっている。研究手法も、必ず原典にあたり、資料を徹底して正確に読み込んで丁寧な論理を展開するという手堅いものであり、安定感があり、医事刑法の研究分野での注目すべき研究論文であることは間違いない。

もちろん、問題の解決のためには、基礎理論としての構成要件論と法益論のさらなる分析、構成要件阻却と違法性阻却の区別の実益の論証が必要となろうし、「被害者の承諾」の法理やリスク（危険）の引受け、緊急避難論、不作為犯論、そして過失犯論からの検討も不可欠であるが、これらはいずれも今後の課題である。特に傷害罪の法益の二元的把握の意義がいかなるものか、なお不明確な部分もある。しかし、それらの課題は、本論文が今後の研究のさらなる展開を予測させる内容を内包していることの証左でもある。

2 結 論

以上の審査の結果、後記の審査員は、全員一致をもって、本論文の執筆者が博士（法学）（早稲田大学）の学位を受けるに値するものと認める。

2016年 2月 8日

審査員

主査	早稲田大学教授	_____	(刑事法)
副査	早稲田大学教授	_____	(民事法)
副査	早稲田大学教授	_____	(刑事法)
副査	早稲田大学教授	_____	(刑事法)

3 修正対照表

【付記】

本審査委員会は、本学位申請論文の審査にあたり、下表のとおり修正点があると認めたが、いずれも誤字・脱字等軽微なものであり、博士学位の授与に関し何ら影響するものではないことから、執筆者に対しその修正を指示し、今後公開される学位論文は、修正後の全文で差支えないものとしたので付記する。

博士学位申請論文修正対照表

修正箇所 (頁・行等)	修正内容	
	修正前	修正後
41 頁 17-18 行	「物足りない感」 ⁷⁵ の	「物足りない感」 ⁷⁵ を
70 頁 11 行	治療行為傷害説	治療行為 <u>非</u> 傷害説
73 頁 10 行	民事法や特別法との	民事法や特別法との <u>関係</u> を
74 頁注 223・3 行、352 頁 5 行	門田 <u>重</u> 人	門田 <u>成</u> 人
81 頁注 251・2 行、356 頁 34 行	現代刑罰法 <u>体</u> 系	現代刑罰法 <u>大</u> 系
91 頁 17 行	第 2 章から第 <u>3</u> 章で	第 2 章から第 <u>4</u> 章で
109 頁注 68・3 行	(<u>ders.</u> , a. a. O., S. 226f.)	(<u>ders.</u> , a. a. O., S. 226f.)
116 頁 13 行、178 頁注 160・4 行	soziale Hanlung <u>s</u> lehre	soziale Han <u>d</u> lung <u>s</u> lehre
163 頁 13 行、166 頁 23 行、169 頁 1 行、173 頁 7 行	<u>一</u> 般ドイツ刑法典	ドイツ <u>一</u> 般刑法典
199 頁注 18・1 行	刑法法 <u>学</u> 者	刑法学 <u>者</u>
241 頁注 226・2 行	<u>E. Schmidt</u>	<u>Eh. Schmidt</u>
253 頁 12 行	われわれの社会と <u>つ</u> て	われわれの社会に <u>つ</u> て
254 頁 6 行、同頁注 288・17 行、 255 頁 8 行、294 頁 12-13 行、同頁 16 行、308 頁 9 行、312 頁 7 行、 335 頁 35 行、336 頁 7 行	<u>実</u> 体としての「身体」利益	<u>基</u> 体としての「身体」利益
258 頁 18 行	3 年以下自由刑	3 年以下の <u>自</u> 由刑
283 頁 9 行	処罰の <u>対</u> 処とする	処罰の <u>対</u> 象とする
284 頁 16 行	その <u>行</u> 為は	その <u>行</u> 為は
293 頁 23 行	課すことができる <u>の</u> ほど	課すことができる <u>ほ</u> ど
295 頁 9 行	わが <u>国</u> の <u>お</u> ける	わが <u>国</u> に <u>お</u> ける
312 頁 8 行、336 頁 8 行	<u>実</u> 体性	<u>基</u> 体性
326 頁 5 行	考えざるを <u>な</u> い	考えざるを <u>え</u> ない
337 頁 7 行	<u>そ</u> ればとて	<u>さ</u> ればとて

以上